

Tilburg University

Interventie vergadering Nederlandse Juristen Vereniging

Barendrecht, J.M.

Published in:
Handelingen NJV

Publication date:
2004

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Barendrecht, J. M. (2004). Interventie vergadering Nederlandse Juristen Vereniging: advies 11 juni 2004.
Handelingen NJV.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Interventie vergadering Nederlandse Juristen Vereniging 11 juni 2004

J.M. Barendrecht
Centrum voor aansprakelijkheidsrecht Universiteit van Tilburg

Drie vragen

Graag leg ik de pre-adviseurs de volgende drie vragen voor:

- Geloven de preadviseurs dat de adviesmarkt slecht werkt en, zo ja, wat is daar de beste remedie voor?
- Wat is nu precies die eigen verantwoordelijkheid van de afnemer van advies?
- Wanneer verdient een maatschappelijk belangrijk onderwerp als de adviesovereenkomst dan wel een wettelijke regeling?

Achtergrond van deze vragen is dat ik waardering heb voor de preadviezen, maar tegelijkertijd het gevoel heb dat ze een beetje om het algemene probleem heen lopen. Schilder en Nuyts leggen interessante verbanden tussen advies en toezicht, kijkend naar de functies van beiden. Meerburg laat mooi zien hoe de Amerikanen alle middelen inzetten, en zelfs de adviesrelatie met de advocaat op het spel zetten, om een goede corporate governance te krijgen. Het is een soort war on terror, die veel lijkt te rechtvaardigen. Kortmann zet stevige normen neer voor juridisch advies. Maar over het zo vaak terugkerende probleem dat mensen adviezen krijgen die te sterk gekleurd worden door de eigen belangen van de adviseur, zeggen zij per saldo eigenlijk niet zo veel. De problemen waar zij uiteindelijk de meest duidelijke uitspraken over doen zijn interessant, maar zijn zij maatschappelijk ook het meest urgent? (Bij

Schilder en Nuijts de wijze waarop de toezichthouder ‘adviezen’ geeft, ik zou eerder zeggen informatie geeft, aan marktpartijen; bij Meerburg de aansprakelijkheid van de juridisch adviseur tegenover derden; bij Kortmann de positie van de deskundige in het civiele geding). Ik ga proberen de preadviseurs toch iets meer uit hun tent te lokken over het algemene achterliggende vraagstuk.

Advies: beslissingsinformatie in een woud van keuzemogelijkheden

Waar we het allemaal over eens lijken, is dat advies een belangrijke maatschappelijke functie heeft. Goede keuzes kunnen maken is wezenlijk voor het functioneren van de markt. Voor de contractsvrijheid. Voor de kwaliteit van ons leven. Voor onze autonomie en zelfverwezenlijking, één van de diepst gevoelde behoeften van mensen. Voor goede keuzes in een complexe maatschappij hebben mensen veel informatie nodig. Er zijn heel veel mogelijkheden, en het kost veel tijd ze allemaal in kaart te brengen. Aanbieders van producten en diensten lopen bovendien te koop met de voordelen van wat ze aanbieden. Maar vertellen uit zichzelf lang niet altijd de nadelen en risico's. Adviseurs kunnen ons de goede keuzeinformatie leveren.

We zijn het er ook over eens wat een adviseur ongeveer doet. Advies levert ‘beslissingsinformatie’:

- Alternatieven
- Hun voor- en nadelen
- Aanbeveling (soms impliciet)
- Toegesneden op behoeften afnemer

Markt voor advies werkt slecht

In de preadviezen komt vaak aan de orde dat het gevaar voor belangenverstrengeling groot is: vertrouwen en onafhankelijkheid zijn de

buzzwords. De oorzaken van die belangenverstrengeling zijn nog weinig genanalyseerd,¹ maar het patroon lijkt als volgt te zijn.

Met het geven van informatie is moeilijk geld te verdienen. Als je informatie levert, en een advies is een bijzonder soort informatie, kun je meestal niet voorkomen dat ook anderen dan je klant de informatie gebruiken, en door vertellen. Anders dan geldt voor een goed als een auto, is het gebruik van informatie niet exclusief te houden en informatie gaat niet op als je het gebruikt.²

Wie informatie verkoopt, moet dus iets slims verzinnen. Je kunt informatie proberen te bundelen en tot een product te maken (verkoop van een boek of verkoop van een opleiding in geval van een universiteit).

Bij advies, informatie toegesneden op de beslissing van een bepaalde persoon, zie je ook dat pure informatie verkopen weinig voorkomt. Als je puur management-advies, medisch advies, of juridisch advies verkoopt, en daar 300 Euro per uur voor wilt vragen, moet je wel heel veel meer weten dan anderen, en dan de klant zelf via internet of de bibliotheek kan vinden.

Meestal wordt advies dan ook gekoppeld aan de verkoop goederen of diensten. De chirurg adviseert over de noodzaak van een operatie, en voert hem zelf uit, net als de garage die adviseert over de noodzaak van een reparatie, en die ook zelf uitvoert. Wat ook efficiënt is trouwens. De bank, of de Hypotheker, adviseert over financiering, maar leent het bedrag ook zelf uit, of regelt de financiering en vangt provisie van degene die financiert. Zelfs Meerburg verkoopt waarschijnlijk niet alleen een advies als hij een opinion schrijft, maar neemt daarmee in de ogen van de afnemer van de opinion ook een deel van het risico van de transactie op zich, en daarom krijgt hij zo goed betaald. En misschien geldt zelfs wel voor Kortmann dat advocaten die hem om een advies

¹ Winand Emons, Credence Goods and Fraudulent Experts, Rand Journal of Economics 1997, p. 107 e.v. en J.M. Barendrecht, De schimmige status van het advies, NJB 1999, p. 1361 e.v.

² Informatie wordt vaak beschouwd als een 'public good'.

over een procedure vragen meestal niet alleen voor zijn kennis en kunde komen, want die hebben zij zelf ook wel, maar vooral ook voor het gezag dat zijn oordeel bij de rechter zal hebben.

Omdat een adviseur naast zijn advies vaak ook iets anders ‘met het advies samengebundeld’ wil verkopen, ontstaat het probleem dat advies gekleurd kan zijn door eigen belang. Dat betekent weer dat advies niet altijd kan worden vertrouwd, en dat weer dat de afnemer nog minder geneigd is om apart voor het advies te betalen. Advies krijg je er min of meer gratis bij als je een hypotheek of een verzekering sluit, en dat is op de hele adviesmarkt een regelmatig voorkomend verschijnsel.

Voorbeelden waarbij het mis gaat met advies, heel erg mis, zijn er te over. Analisten adviseerden voor 90% positief over de aankoop van aandelen. In het FD van de afgelopen maanden kwam drie keer een adviesschandaal aan de orde. Zelfs onafhankelijk advies is een keurmerk dat weinig waarde heeft, want de onafhankelijke grootste verzekeringstussenpersoon van Nederland is in handen van Aegon, en sommige verzekeraars maken ook formele productieafspraken.³ De adviseurs over kantoormeubilair bleken zich te laten omkopen, want zo zou het toch overal elders gewoon heten, met kortingen door leveranciers. Zij betalen inrichtingsadviseurs vaak retourcommissies als zij hun klanten bepaalde meubelen adviseren.⁴ Met hypotheekadvies van een onafhankelijke tussenpersoon bleken mensen gemiddeld zelfs slechter af dan mensen zonder advies, qua rente en qua verdere kenmerken van de hypotheek.⁵

Remedies

³ Voor wat betreft Aegon is er twijfel (Aegon: verklaring onder ede bevat fout, NRC 2 april 2004), terwijl Fortis het bestaan van dat soort afspraken met tussenpersonen erkende (Fortis eist minimale omzet, NRC 30 maart 2004).

⁴ Meubeladvies kantoor is niet onafhankelijk, FD 29 maart 2004.

⁵ Ecorys, Onderzoek naar de markt voor hypothecaire kredietverlening met de ongeruste reactie van de Minister te vinden op <http://www.minfin.nl>.

Moeten we hier nu echt wat aan doen of niet? En wat dan? De remedies die worden voorgesteld, zijn altijd weer dezelfde en komen ook in de preadviezen terug. De preadviseurs uiten wel voorkeuren, maar ze doen er niet echt systematische uitspraken over. Ik zet ze nog een keer op een rijtje.

Een klassieke remedie is toegang tot de markt beperken tot goed opgeleide, nette en solvabele mensen. Prudentieel toezicht heet dat tegenwoordig. Dat is kennelijk niet meer voldoende, en als de toetredingslat hoog wordt gelegd, is het bovendien slecht voor de marktwerking

De tweede remedie is integriteit, een soort bezweringsformule, die de adviseur moet inscherpen dat hij de belangen van zijn cliënt centraal moet stellen en niet zijn eigen belangen. Veel praten over vertrouwen en onafhankelijkheid hoort daarbij. Natuurlijk is het zinvol om dat beroep op adviseurs te doen, want veel adviseurs willen integer zijn, ook als ze met niet helemaal integer zijn veel geld kunnen verdienen. Het helpt zeker om mensen aan te spreken tot het doen van het goede. Dominees hebben dit land groot gemaakt. Maar of het voldoende is? Van Luijk, die hier mooie stukken over schrijft, zal hier zeker op ingaan, schat ik.

De derde remedie is waarschuwen van de klanten. Buyer beware, advisors cheat! Pas op, adviseurs kunnen je bedonderen, omdat zij altijd ook eigen belangen hebben. Maar dat lost het probleem voor de gebruiker van advies niet op, want je blijft advies nodig hebben. De enige manier om je adviseur te controleren is er nog weer een adviseur opzetten, en dan heb je weer hetzelfde probleem. In dat verband zou ik graag van Schilder & Nuyts willen weten wat zij nu precies bedoelen als zij schrijven dat de gebruiker een 'eigen verantwoordelijkheid' heeft. Wat is dan precies hun advies aan de klant hoe deze met zijn adviseurs moet omgaan?

De vierde remedie is dat de adviseur zijn eigen belangen moet expliciteren: provisie bekend maken,⁶ dat de verzekeringsmaatschappij de aandelen heeft, en soortgelijke zaken.⁷ Of de klant hiermee geholpen is, is weer de vraag, want hij weet dan nog steeds niet of hij op het advies kan vertrouwen. Eigenlijk is het niet meer dan een variant op de waarschuwing dat adviseurs je soms flessen vanwege hun eigen belangen. Een interessante optie, die nu serieus wordt overwogen op Financieën voor hypotheekadviseurs, is dat adviseurs zich alleen onafhankelijk mogen noemen als ze alleen advies geven, en niet ook verkopen op provisiebasis.⁸

De vijfde remedie is een algemene zorgplicht voor de adviseur. Die staat al in het BW in artikel 7:401BW, dus wat de goede zin is van herhaling daarvan in de bijzondere wetten, zoals de Ontwerp Wet Financiële Dienstverlening, ontgaat mij. Zo'n algemene zorgplicht moet bovendien ingevuld worden, en het klassieke middel daarvoor, jurisprudentie wordt naar mijn mening enorm overschat.

De zesde remedie is meteen maar expliciteren wat de adviseur moet doen, zodat hij achteraf kan worden gecontroleerd. In Europese wetgeving over verzekeringstussenpersonen, in de Ontwerp Wet Financiële Dienstverlening,⁹ en nu ook in de reactie van Zalm op het rapport over hypotheekstussenpersonen gebeurt dat steeds vaker. Zo komt terug dat de adviseur een verplichting zou moeten hebben tot 'best

⁶ Brief van Minister Zalm d.d. 26 mei 2004 over hypotheekadvies.

⁷ Artikel 33 Ontwerp Wet Financiële Dienstverlening.

⁸ Brief van Minister Zalm d.d. 26 mei 2004 over hypotheekadvies: Het reserveren van het etiket onafhankelijk voor die adviseurs die niet op provisiebasis werken of voor die adviseurs die niet alleen op provisiebasis werken maar ook op feebasis.

⁹ Zie Artikel 32 tot en met 34 Ontwerp Wet Financiële Dienstverlening:

advice’¹⁰ of bijvoorbeeld dat hij een voldoende representatief beeld van de markt moet geven.¹¹

Algemene regeling voor advies

Ik begrijp niet goed, en dat is mijn vraag aan Kortmann, waarom de verplichtingen van een adviseur niet algemeen kunnen worden geformuleerd in het BW. Of laten we Financieën de algemene privaatrechtelijke regels bepalen, waar het met de Wet Financiële Dienstverlening steeds meer op gaat lijken? Een algemene regeling, bijvoorbeeld langs de volgende lijnen, die op één sheet passen. Een advies moet:

- Worden toegesneden op behoeften afnemer
 - Informatie daarover vastleggen
 - Adviseur moet vragen maar mag afgaan op antwoord
- Alternatieven vermelden
 - Als onderzoek beperkt tot bepaalde alternatieven, dan melden
- Hun voor- en nadelen
- Aanbeveling (soms impliciet)

Deze regeling zou in eerste instantie alleen moeten gelden voor degenen die zich adviseur noemen, of op andere wijze de suggestie wekken dat zij een op de behoeften van de klant toegesneden aanbeveling doen. Het heeft niet veel urgentie om de ‘adviezen’ van verkopers van computers en fietsen te reguleren. Maar verkopers of dienstverleners die zich nadrukkelijk als adviseur presenteren, zoals banken, zouden er wel onder moeten vallen.

Natuurlijk zijn er altijd grensgevallen, en moeilijke gevallen, Kortmann noemt er een paar. Hardheidsclausules, of tussenwoorden als ‘redelijk’ zijn nodig in iedere wettelijke regeling. Maar het is inefficiënt, en achter de feiten aanlopen, als we voor ieder van de duizenden soorten adviseurs

¹⁰ Brief van Minister Zalm d.d. 26 mei 2004 over hypotheekadvies, waarbij best advice wordt gesuggereerd. ‘waardoor het intermediair verplicht (en aansprakelijk) wordt het voor de klant beste product te adviseren’.

¹¹ Artikel 33 lid 2 Ontwerp Wet Financiële Dienstverlening.

steeds weer een aparte regeling of gedragscode te maken op het moment dat het de spuigaten uit gaat lopen. Het probleem is iedere keer hetzelfde. Als Kortmann over het juridisch advies schrijft, pakt hij zonder problemen de principes uit de wettelijke regeling voor advies door geneeskundigen. Hij, Schilder en Nuyts, maar ook de Ontwerp Wet Financiële Dienstverlening gebruiken iedere keer dezelfde termen voor iedere soort adviseur (behoeften, alternatieven).

Om het Kortmann niet te gemakkelijk te maken, vraag ik hem om te expliciteren welke criteria hij hanteert voor het opnemen van een nieuw bijzonder contract in het BW. Maatschappelijke relevantie? Algemeenheid? Daar kan het toch niet op misgaan? En om hem nog iets meer te prikkelen vermeld ik hem dat wij in de Studiegroep on a European Civil Code, een internationale groep van civielrechtelijke hoogleraren, wel de handen op elkaar hebben gekregen voor een regeling van informatie- en adviescontracten.¹² De steun daarvoor kwam uit Frankrijk, Duitsland, en van het verdere continent, waar men het leerstuk al lang kent en bescherming van de afnemer van advies normaal vindt. De weerstand kwam uit Scandinavie en Engeland, waar men nu eenmaal een lange civielrechtelijke traditie heeft van Caveat emptor, buyer beware, en ieder zoekt maar zelf zijn informatie bij elkaar. Waarom kunnen mensen ook in Nederland niet in het algemeen worden beschermd tegen door eigen belangen van de adviseur gekleurd advies?

¹² Zie www.sgecc.net voor de meest recente tekst.

Bijlage Artikelen Ontwerp Wet Financiële Dienstverlening

Artikel 32

1. Indien de financiële dienstverlener een consument adviseert:

- a. wint hij in het belang van de consument informatie in over diens financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid, voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor het advies;
- b. draagt hij er zorg voor dat zijn advies, voor zover redelijkerwijs mogelijk, rekening houdt met de onder a. bedoelde informatie;
- c. licht hij de overwegingen toe die ten grondslag liggen aan het advies, voorzover dit nodig is voor een goed begrip van het advies.

Artikel 33

1. Onverminderd de artikelen 31 en 32 informeert de bemiddelaar, voorafgaande aan de totstandkoming van een overeenkomst inzake een financieel product, de consument over de volgende onderwerpen:

- a. of hij adviseert op grond van de in het tweede lid bedoelde verplichting tot een objectieve analyse; dan wel
- b. of hij een contractuele verplichting heeft uitsluitend voor een of meer aanbieders te bemiddelen, in welk geval hij de consument tevens desgevraagd de namen van deze aanbieders mededeelt; dan wel
- c. dat hij geen contractuele verplichting heeft uitsluitend voor een of meer aanbieders te bemiddelen en hij niet adviseert op grond van de in het tweede lid bedoelde verplichting tot een objectieve analyse, in welk geval hij de consument desgevraagd tevens de namen mededeelt van de aanbieders waarvoor hij bemiddelt of kan bemiddelen; en
- d. op welke wijze hij wordt beloond; en
- e. bij of krachtens algemene maatregel van bestuur aan te wijzen andere onderwerpen.

2. Indien de bemiddelaar de consument adviseert op grond van een objectieve analyse, baseert hij zijn advies op een analyse van een toereikend aantal op de markt verkrijgbare vergelijkbare financiële producten, zodat hij in staat is een financieel product aan te bevelen dat aan de behoeften van de consument voldoet.